

TUTELA ANTECIPADA

JOSÉ AUGUSTO DELGADO

*Ministro do Superior Tribunal de Justiça,
Membro Honorário da Academia Brasileira de Direito Tributário e
Professor universitário.*

“O sistema processual brasileiro passa por um processo revolucionário no sentido de se integrar a um estágio de efetividade e eficácia compatíveis com os anseios da Nação.”

O âmbito do presente trabalho não permite analisar, com profundidade maior, os pressupostos objetivos e subjetivos dos efeitos da tutela antecipada definida no art. 273, do CPC, conforme alteração introduzida pela Lei nº 8.952, de 13.12.94.

Na impossibilidade de um detalhamento sobre aspectos controvertidos e incontrovertidos relativos a tal entidade processual, passo a enumerar, em forma de enunciados, expressões resumidas de meu entendimento, aspectos que considero com tais características:

Enunciado 1: Carece de interesse processual aquele que, via cautelar, presentes os pressupostos legais desse processo, postule, em processo autônomo, a antecipação do mérito, já que a lei permite, expressamente, que tal pedido se formule no processo de conhecimento.

Enunciado 2: Na hipótese de ser concedida a antecipação por abuso de direito de defesa do réu, a liminar pode ser conferida initio litis, sem o contraditório, segundo uma corrente. Não pode ser concedida, só após a apresentação de defesa, conforme uma outra corrente.

Enunciado 3: Em caso de manifesto propósito protelatório do réu, a liminar deve ser deferida mesmo sem pronunciamento dele acerca da pretensão.

Enunciado 4: Prova inequívoca é aquela que independe de prova pericial e oral, para que fique demonstrada de forma cabal a justeza da pretensão, bastando, assim, a prova documental que instrui a inicial.

Enunciado 5: De acordo com o § 2º do art. 273, a tutela não será concedida se for impossível o retorno ao status quo ante, isto é, se tiver caráter absolutamente satisfativo.

Enunciado 6: Não há possibilidade da fungibilidade da medida. O juiz não pode outorgar tutela diversa da pedida. Aplica-se o princípio segundo o qual é vedado o julgamento extra petita, conforme dita o art. 460 do CPC.

Enunciado 7: Não há tutela fungível, segundo opinião de alguns autores, nos casos do inc. I, do art. 273, do CPC, por ter natureza cautelar.

Enunciado 8: A concessão ou negação da tutela antecipada há de ser fundamentada, de modo claro e preciso, com exposição das razões do convencimento.

Enunciado 9: É possível ser deferida justificação judicial para a concessão dos efeitos da tutela antecipada, tanto para os casos do inc. I como do inc. II, do art. 273, do CPC.

Enunciado 10: O pronunciamento que antecipa ou não a tutela suporta agravo de instrumento.

Enunciado 11: A decisão sobre os efeitos da tutela antecipada pode ser revogada ou modificada. A revogação pode ser declarada de ofício, procedimento novo em nosso sistema processual, por se permitir a revisão de decisão interlocutória, ocorrendo, assim, uma subversão do princípio da preclusão (art 273, § 4º). Para ser modificada exige-se pedido expresso do litigante interessado, aspecto que se afasta do princípio

contido no art. 473, do CPC, que proíbe à parte discutir no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.

Enunciado 12: O juiz não pode conceder de ofício a tutela antecipada.

Enunciado 13: O pedido de antecipação da tutela deve ser processado no bojo do processo, conforme defende Cândido Dinamarco, pelo que não há de se autuar a petição própria de forma apartada dos autos.

Enunciado 14: Pode haver iliquidez na concessão dos efeitos da tutela antecipada, exigindo-se, assim, a sua liquidação prévia para ser executada.

Enunciado 15: No âmbito do Tribunal a tutela não pode ser concedida pelo relator. Só pelo órgão colegiado.

Enunciado 16: A tutela antecipada em ação contra a Fazenda Pública, na qual é obrigatória arremessada decisão condenatória de mérito, não exige confirmação pelo tribunal ad quem. Há divergência doutrinária. Calmon de Passos pensa em contrário.

Enunciado 17: Não pode haver deferimento de efeitos antecipados de tutela no dissídio coletivo trabalhista, por inexistir direito material em apreciação e existência, conseqüentemente, de relação jurídica concreta. No dissídio coletivo, conforme dicção do art. 114, § 2º, da CF, o Tribunal estabelece, apenas, normas de conduta. A concessão dos efeitos da tutela antecipada só pode ocorrer, se presentes os pressupostos exigidos para tal, depois de a sentença normativa ser publicada.

Enunciado 18: Pode haver a concessão dos efeitos da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Expede-se, se for o caso, por

exemplo de repetição de indébito, a ordem e prepara-se o precatório. Apenas, o juiz não transmite a propriedade do bem, isto é, não faz uso da verba posta no orçamento. Há corrente contrária: Francisco Conte, Procurador do Rio de Janeiro, in *Advocacia Dinâmica*, 25.06.95.

Enunciado 19: Cabe à Junta de Conciliação e Julgamento e não ao Juiz apreciar antecipação da tutela.

Enunciado 20: Em caso de efeitos da antecipação da tutela concedida pela Junta de Conciliação e Julgamento, o recurso cabível é Correição Parcial ou Mandado de Segurança.

Enunciado 21: Segundo Teori Albino Zavasck, Juiz do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e Prof. de Processo Civil da UFRGS, in *Antecipação da Tutela e Colisão de Direitos Fundamentais*, AJURIS nº 64, págs. 395 e segs., há premissas de natureza constitucional a prestigiar os efeitos da tutela antecipada, a saber:

a) o princípio da necessidade, segundo o qual a "regra de solução (que é limitadora de direito fundamental) somente será legítima quando for real o conflito, ou seja, quando efetivamente não for possível estabelecer um modo de convivência simultânea dos direitos fundamentais sob tensão";

b) o princípio da "menor, restrição possível ou da proibição de excessos, associado ao da proporcionalidade, segundo o qual a restrição a direito fundamental, operada pela regra de solução, não poderá ir além do limite mínimo indispensável à harmonização pretendida";

c) o princípio da "salvaguarda do núcleo essencial, segundo o qual não é legítima a regra de solução, que a pretexto de harmonizar a convivência entre direitos fundamentais, opera a eliminação de um deles, ou lhe retira a sua substância elementar";

d) o princípio da segurança jurídica;

e) o princípio da necessidade que não permite o abuso de direito.

A síntese acima apresentada está vinculada ao exame dos pressupostos positivos e negativos exigidos para a concessão dos efeitos da tutela antecipada.

O exame do art. 273, do CPC, em sua nova redação, revela que a concessão dos efeitos da tutela antecipada está subordinada a quatro pressupostos:

a) o da existência de prova inequívoca;

b) o da presença de verossimilhança da alegação;

c) o de que não exista perigo de irreversibilidade do provimento antecipado;

d) o de que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Os pressupostos das letras a, b e d possuem carga de positividade. O da letra c tem força negativa. Eles, embora se apresentem aparentemente contraditórios, devem ser provados pela parte requerente de forma indubitável. O convencimento do juiz a respeito deve ser firmado com base no exame do conteúdo material depositado nos autos, sem necessidade de se valer de extensão probatória, salvo, em casos excepcionais, de uma cognição sumaríssima, embora não prevista em lei, porém, pautada, no meu entender, no poder geral de cautela do juiz, em seu sentido lato.

O estudo do desdobramento dos referidos pressupostos nucleares para o êxito da medida exige do doutrinador e do aplicador da norma, este, ao se deparar com situações concretas, que busque a fixação de conceitos sólidos sobre cada um deles, especialmente, sobre o que se deve entender, no seio do nosso ordenamento jurídico, por:

- "prova inequívoca";
- "verossimilhança das alegações";
- "perigo de irreversibilidade do provimento antecipado";
- "abuso de direito de defesa";
- "manifesto propósito protelatório do réu";
- "fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação".

O sistema processual brasileiro passa por um processo revolucionário no sentido de se integrar a um estágio de efetividade e eficácia compatíveis com os anseios da Nação.

A sua função deve ser a de se transformar em veículo suficiente para oferecer ao cidadão "tudo aquilo, e precisamente aquilo, que ele tem o direito de receber", na conhecida expressão de Chiovenda.

De nada adianta a ciência processual alcançar prestígio científico, se o balanço do seu resultado quando aplicado não espelhar que ele serviu para ser um instrumento de Justiça e atendeu às necessidades do cidadão no concernente à solução de seus litígios.

A desmistificação de suas formas, a adoção de procedimentos descomplicados e a diminuição de sua complexidade constituem as conquistas que deverão ser alcançadas em um futuro bem próximo para que o sistema processual paute a sua atuação por um equilíbrio razoável, confiável e facilitador do acesso à Justiça para cada jurisdicionado,

qualquer que seja a sua condição financeira ou a sua posição na escala social.

Para tanto alcançar não são suficientes, apenas, as alterações na legislação vigente, mas haver absoluta necessidade de se mudar o comportamento do juiz para que passe a cultivar um modo ativo de atuar e voltado para o cumprimento da missão de afastar, via interpretação sistêmica, todos os óbices impostos por princípios até então plantados por uma doutrina tradicional amarrada a conceitos individualistas, fruto das pressões da filosofia presente num passado bem recente e que somente agora se volta para o social.